Fichamento: Positivismo Jurídico Contemporâneo

1. Autoria da Ficha de Leitura

Aluna: Cibelli Maiara Toniolo Risoni

Disciplina: Filosofia do Direito

Semestre: 1º

Curso: Mestrado em Direito

2. Referência da Obra

MORESO, José Juan. Positivismo jurídico contemporáneo. In: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. v. 1, p. 171-205. Disponível em: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875. Acesso em: 18 abr. 2026.

3. Informações sobre a pessoa autora

Conforme informações contidas no site Cátedra de Cultura Jurídica, da Universidade de Girona:[1]

José Juan Moreso é professor da Universidade de Pompeu Fabra. Licenciado em Direito pela Universidade Autónoma de Barcelona, em 1983 e Doutor em Direito pela mesma Universidade, em ambos os casos com prémio extraordinário.

Focou seus estudos na Teoria do Direito, especialmente na estrutura e dinâmica dos sistemas jurídicos, aplicando as contribuições da lógica deontológica. Sua pesquisa mais recente é baseada nos fundamentos filosóficos da Constituição.

Atualmente, é editor de várias revistas de sua especialidade, já publicou mais de dez livros e mais de duzentos artigos e capítulos de livros.

4. Estrutura do texto

I. A tese da incorporação: alguns casos reais, um hipotético e um de romanos

II. Argumentos morais e argumentos modais

III. Concepções do Direito: a conexão necessária

IV. Concepções do Direito: a conexão impossível

[1] Disponível em: https://www.catedradeculturajuridica.com/pt/1556/presideix-jose-juan-moreso.html. Acesso em 18 abr. 2026

V. Concepções do Direito: a conexão contingente

VI. Constitucionalismo garantista e positivismo jurídico inclusivo

VII. A objeção da ladeira escorregadia (ou declive escorregadio)

VIII. O convencionalismo e o positivismo jurídico inclusivo

IX. A tese da incorporação e as decisões finais

X. À guisa de conclusão (ou A modo de conclusão)

XI. Bibliografia

5. Síntese

5.1. A tese da incorporação: alguns casos reais, um hipotético e um de romanos.

O autor inicia o texto explicando sobre a tese da incorporação e o faz através de exemplos, trazendo casos reais, um caso da época da Roma antiga e um caso hipotético.

Um dos casos reais trata-se da decisão sobre a presença de crucifixos nas salas das escolas públicas italianas se isso violaria ou não a liberdade de crença. A maioria dos membros do Tribunal. Decidiu que o crucifixo representa “os princípios e os valores que fundamentam a democracia e a civilização ocidental, o que justifica a sua presença nas salas de aula”.

De acordo com o autor, a constitucionalização e a incorporação de tratados internacionais de declarações de direitos que reconhecem uma formulação genérica de direitos, cujo conteúdo só pode ser determinado através do recurso à argumentação moral, é necessário levar em conta os pressupostos éticos que os justificam.

Moresco apresenta então um caso hipotético, propõe uma realidade na qual seria possível a substituição da pena de prisão pelo que ele denomina de coma punitivo. O autor questiona se essa pena violaria o artigo 5 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 que estabelece que ninguém será submetido a torturas, penas cruéis, desumanas ou degradantes.

Apresenta então casos reais. O primeiro, sobre o caso de isolamento em celas previsto na lei geral penitenciária Espanhola, tendo em vista que a Constituição Espanhola estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”, sendo que o Tribunal do referido país decidiu que nao se trata de pena que viola a dignidade dos presos.

O segundo caso apresentado é o da pena de morte, previsto nos Estados Unidos e que, embora seja considerado uma pena extrema, não é entendida como uma pena cruel.

Outro caso apresentado é o de uma comunidade indígena colombiana que estabeleceu pena de chibatadas , expulsão e perda do direito de eleger e ser elegido, para um homem acusado de ter assassinado o líder da comunidade. A Corte Colombiana decidiu que, neste caso não se trata de uma sanção muito penosa pois há uma função simbólica na comunidade indígena.

Apresenta também uma pena utilizada na época do direito romano com relação ao parricídio, consistente eem jogar o assassino em um saco juntamente com um cachorro, um galo, uma serpente e um macaco nas águas do mar ou rio mais próximos. Naquela época a pena era considerada merecida para um delito tão atroz.

Moresco conclui o capítulo com uma questão: o que faz a pena do saco cruel mas não ser considerada cruel nos casos dos tribunais referidos?” Para ele, parece que os textos jurídicos, constitucionais, legais e precedentes jurídicos usam conceitos e argumentos morais, o que permite formular a tese da incorporação, denominado de TI pelo autor, que prevê: Quando as fontes do direito incluem conceitos e considerações morais o que o direito estabelece tem que ser definido mediante o uso da argumentação moral.

Assim, o objetivo do autor é defender a plausibilidade da tese da incorporação e a improcedência das concepções contrárias.

5.2 Argumentos Morais e Argumentos Modais

O autor esclarece que esta tese trata especificamente da identificação do direito, e não necessariamente da justificativa moral das ações dos juízes ou da existência de valores morais intrínsecos ao direito.

O autor utiliza a lógica modal para classificar as três formas possíveis de relação entre a identificação do direito e a argumentação moral:

• Necessária: Defende que o direito deve, obrigatoriamente, ser identificado por argumentos morais.

• Impossível: Sustenta que a identificação do direito nunca pode depender de argumentos morais.

• Contingente: Propõe que essa dependência é possível, mas não obrigatória.

Ele explica que a Tese da Incorporação (TI) é compatível com a visão de que a relação é contingente. Isso significa que existem sistemas jurídicos onde as fontes remetem à moralidade e outros onde isso não ocorre.

5.3 Concepções do Direito: a conexão necessária.

Neste capítulo o autor aborda sobre a conexão necessária. Essa perspectiva sustenta que o valor de verdade das proposições jurídicas, o que é proibido, obrigatório ou permitido, depende do recurso à argumentação moral. Para os defensores da conexão necessária, a validade jurídica de uma norma depende essencialmente de sua consistência com princípios morais.

Esse ponto de vista é sustentado pelo jusnaturalismo clássico, que tem como representantes Santo Agostinho e Tomás de Aquino. Para eles, as leis injustas são juridicamente inválidas. No cenário contemporâneo, essa linha de pensamento é defendida por autores antipositivistas como Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Com relação a Dworkin, sua criação ao positivismo jurídico é expressa em obras como *Law's Empire* e reside na incapacidade desta doutrina em explicar as divergências teóricas entre juristas sobre o que é o Direito "é", mesmo quando concordam sobre fatos históricos.

Dworkin argumenta contra o positivismo jurídico inclusivo de Jules Coleman. Enquanto Coleman defende o positivismo inclusivo, que pressupõe que os juízes nos Estados Unidos estão de acordo que a validade de algumas leis depende de sua correção moral, conforme exigido pelas disposições constitucionais, Dworkin sustenta que essa dependência da moralidade é muitas vezes o ponto central de controvérsia nos tribunais, como ocorre na interpretação da cláusula de "igual proteção" nos Estados Unidos.

Moreso cita o caso do Fugitive Slave Act (Lei do Escravo Fugitivo), uma legislação histórica dos Estados Unidos, de 1850, que outorgava aos proprietários de escravos o direito de recuperá-los, mesmo que tivessem fugido para estados onde a escravidão era ilegal. Dworkin utiliza este exemplo para ilustrar que é possível aceitar a distinção entre o que o direito é e o que o direito deve ser. Ele argumenta que faz sentido para alguns juízes da época afirmar que a lei "era direito válido, embora injusto demais para ser aplicado". Dworking discordava da constitucionalidade da lei, sendo que ela é um exemplo clássico no debate sobre o "direito injusto", onde se discute se uma norma extremamente imoral perde sua característica de direito. Em casos extremos, como o da legislação nazista, Dworkin chega a afirmar que "é moralmente mais adequado negar a esses editos o status de Direito".

5.4 Concepções do direito: a conexão impossível

Moreso explica a concepção teórica que nega qualquer conexão entre o Direito e a moral. O autor explica essa impossibilidade de conexão sob dois prismas principais: o escepticismo ético e a teoria da autoridade de Joseph Raz.

O escepticismo ético sustenta que, se o Direito remete à moralidade, ele faz uma remissão "em branco" ou vazia, pois não existiriam razões morais objetivas que pudessem determinar o conteúdo jurídico.

No entanto, existe um outro modo de defender a conexão impossível, que é o modo como faz Joseph Raz (um dos principais expoentes do positivismo jurídico exclusivo da era contemporânea). Raz afirma que o Direito funciona como autoridade, ou seja, busca ter a capacidade de fornecer aos destinatários razões para agir que substituam o próprio raciocínio moral, guiando condutas por meio de fatos sociais neutros, fixando uma determinação que deve ser seguida independente de convicções morais. Assim, se o Direito incorporasse a moral, ele falharia em sua função de guiar condutas.

O que aconteceria então quando nos deparamos com expressões valorativas como "dignidade", "pudor" ou "penas cruéis"? A resposta mais comum é que os juízes gozam de discricionariedade, os juízes não estariam meramente identificando o Direito existente, mas sim exercendo discricionariedade para completar ou modificar o ordenamento jurídico de acordo com a moralidade.

De acordo com Raz, todas as vezes que o direito incorpora concepções morais os juízes têm discricionariedade. Entretanto, Moreso critica a plausibilidade dessa separação radical, argumentando que a presença de termos morais nem sempre resulta em discricionariedade judicial. Ele utiliza o exemplo de um contrato que obriga alguém a cometer um assassinato: para qualquer jurista, esse contrato é nulo por ser imoral, e o juiz não possui qualquer liberdade ou discrição para decidir de forma diferente. Da mesma forma, embora o termo "cruel" seja moral, sua aplicação a punições atrozes (como a antiga pena do saco romana é incontroversa, não deixando espaço para a escolha subjetiva do magistrado.

Moreso então explora duas estratégias utilizadas por juristas positivistas para tentar disciplinar essa atividade judicial, apontando as falhas de cada uma. A primeira estratégia propõe que os juízes ignorem suas próprias convicções e decidam com base na moral social, ou seja, conforme os valores e o entendimento da sociedade naquele momento. O autor argumenta que essa abordagem falha por dois motivos: primeiro, porque em temas polêmicos a sociedade raramente está em consenso; segundo, porque para transformar crenças populares dispersas em uma doutrina jurídica articulada, o juiz acaba inevitavelmente realizando um exercício de moral crítica, moldando e refinando esses valores de forma subjetiva.

A segunda estratégia é o originalismo, muito comum no debate norte-americano. Ela defende que os conceitos valorativos da Constituição devem

ser interpretados estritamente segundo a intenção original de quem os escreveu. Moreso critica essa visão apontando a dificuldade técnica de identificar a "vontade real" dos legisladores do passado e, principalmente, o absurdo prático que isso gera diante da evolução tecnológica. Ele exemplifica que, sob uma ótica originalista, bens modernos como computadores ou iPads poderiam ser penhorados de profissionais, pois os legisladores que criaram a regra de proteção aos "instrumentos de trabalho" no século XIX (ou mesmo no ano 2000) não poderiam ter previsto tais tecnologias pois naquela época elas nem existiam.

5.5 Concepções do Direito: a conexão contingente

O autor explica que se os argumentos apresentados nos capítulos anteriores (tendo em vista que a conexão entre esses dois campos não é necessária nem impossível) são convincentes nos resta então a tese da incorporação, uma conexão contingente, como sustenta o denominado positivismo jurídico inclusivo.

Isso significa que o Direito pode incorporar conceitos morais sempre que suas fontes — como leis ou a Constituição — assim o determinarem. Segundo essa "tese da incorporação", quando o legislador utiliza termos morais, como por exemplo o termo liberdade religiosa, o juiz é obrigado a realizar um raciocínio genuinamente moral para aplicar a norma jurídica.

Para entender o debate entre positivistas inclusivos e exclusivos, Moreso diferencia dois sentidos de validade: a validade como pertencimento (quando uma norma faz parte do sistema por critérios formais) e a validade como aplicabilidade (quando uma norma deve ser aplicada a um caso, mesmo que não pertença formalmente ao sistema, como ocorre com leis estrangeiras).

Essa distinção serve para questionar se o debate entre positivistas inclusivos e exclusivos é meramente terminológico. Os positivistas exclusivos argumentam que, embora o juiz possa ser obrigado a usar critérios morais, isso não tornaria a moral parte do Direito — assim como o uso do sistema métrico decimal em uma lei não transforma a matemática em norma jurídica.

Contudo, o autor conclui que o problema fundamental não é apenas terminológico, mas sim sobre a discricionariedade judicial. A grande questão é saber se as questões morais incorporadas são capazes de guiar objetivamente a conduta dos juízes ou se, ao contrário, conferem a eles margem para decisões subjetivas.

5.6 Constitucionalismo garantista e positivismo jurídico inclusivo

Luiji Ferrajoli defendeu em uma série de trabalhos, o denominado Constitucionalismo Garantista, que mantém uma tese robusta de separação entre Direito e Moral há mais de vinte anos.

De acordo com o Constitucionalismo Garantista, uma norma ideal deve descrever fatos (ex: causar a morte de alguém), que podem ser provados ou refutados. Quando o legislador usa termos valorativos (como no crime de atos obscenos em que está previsto que ofendem o pundonor segundo o sentimento comum), ele estaria infringindo o princípio da legalidade estrita (o autor usa o nome estrita legalidade para o princípio da taxatividade) pois esses termos não são verificáveis empiricamente, dependendo apenas da opinião subjetiva e discricionária do juiz.

Assim, se Ferrajoli tem razão, todas as proposições que têm um juízo de valor deveriam ser eliminadas das normas jurídicas, tendo em vista que eles não podem ser considerados "verdadeiros" ou "falsos", eles são somente expressões de emoções. Asiimm Ferrajolii sustenta que o objetivismo moral leva inevitavelmente ao dogmatismo e ao absolutismo moral.

Nos trabalhos mais recentes deste autor houve um refinamento desta posição, tendo em vista que, aesar de ser um positivista rígido, Ferrajoli admite que as constituições modernas resolveram o antigo conflito entre direito natural e direito positivo ao incorporar princípios e direitos fundamentais (a "lei da razão") nos textos constitucionais. Esses princípios morais positivados servem como limites à vontade da maioria (a "lei da vontade").

No final do capitulo Moreso conclui que Ferrajoli pode ser incluído dentro do positivismo inclusivo, uma vez que sua teoria reconhece a incorporação de valores morais no Direito através das normas constitucionais. Entretanto, o autor aponta uma tensão contradição: enquanto Ferrajoli nega o objetivismo na filosofia, sua teoria jurídica parece depender dele.

Para Moreso, ao aceitar que certos princípios constitucionais devem ser seguidos por serem "corretos", pressupõe-se, em última instância, que existem razões objetivas capazes de convencer qualquer pessoa racional, o que significaria uma forma de objetivismo ético que o próprio Ferrajoli discorda.

5.7. A objeção da ladeira escorregadia (ou declive escorregadio)

Moreso explica que não discutiu um argumento que frequentemente é colocado contra a tese da incorporação, a objeção da ladeira escorregadia: se o direito pode remeter algumas vezes a moralidade, então poderia fazê-lo sempre, o que perderia a característica de regras claras e acessíveis a todos, então as normas jurídicas se realizariam sem nenhuma diferença prática, então a única concepção plausível do direito como instrumento capaz de produzir diferença prática seria a do positivismo excludente.

O autor defende então a incorporação da moral através de dois argumentos centrais: a aplicação limitada e a divisão de poderes.

Moreso explica que a remissão à moralidade não acontece o tempo todo. Na maioria dos casos, o Direito funciona de forma "opaca" (exemplo prazos, um juiz nega um recurso fora do prazo sem precisar discutir a moralidade do prazo).

Com relação à divisão de poderes, o autor explica que a moral entra no Direito de forma controlada pela estrutura institucional. Nem todo aplicador do direito. O autor cita o exemplo da proibição a comunicações íntimas de determinados presos. Um agente penitenciário, por exemplo, não tem autoridade para questionar a moralidade de uma norma. A nível regulamentar. Em contrapartida, um juíz da execução pode considerá-la inconstitucional e como tal, nula e inaplicável. Se por um lado ela tiver força de lei, apenas o Tribunal Constitucional poderá fazê-lo. O autor chama esse processo de incorporação da moralidade no direito como o processo de levantar progressivamente “o véu da opacidade” das regras.

Moreso conclui o capítulo explicando que a tese da incorporação é compatível com a tese da separação conceitual entre Direito e moral com a realidade prática dos sistemas jurídicos modernos, já que o direito incorpora pautas morais de maneira contingente e dependendo do seu conteúdo, tendo em vista que é indiscutível que nossas fontes jurídicas constitucionais e legais, bem o o, as decisões de nossos tribunais recorrem frequentemente a moralidade na aplicação do direito.

5.8. O convencionalismo e o positivismo jurídico inclusivo

Neste capítulo Moreso discute a tensão entre o convencionalismo (a ideia de que o Direito se baseia em fatos sociais e acordos) e o positivismo jurídico inclusivo (que admite que a moralidade pode ser um critério de validade jurídica). A questão é se o Direito pode ser, ao mesmo tempo, um "acordo social" e depender da "moral"?

Para os juristas que defendem o convencionalismo (tese do acordo), o Direito só existe porque as autoridades concordam e seguem certas regras sociais (convenções). Se todos os juízes concordam que algo é lei, aquilo é lei.

No entanto, Andrei Marmor (crítico do positivismo inclusivo) argumenta que, se o Direito é apenas uma convenção, é impossível uma comunidade inteira estar "errada" sobre suas próprias leis. Se incluirmos a moral como critério, criamos uma confusão: como algo pode ser um "acordo" e, ao mesmo tempo, estar "errado" perante a moral?

Juan Carlos Bayón (também critico do positivismo inclusivo) afirma que a ideia de "fazer um acordo para seguir critérios que não dependem de acordo" (a moral) é incoerente. Para ele, se todos concordam sobre o que é moral, isso é apenas uma convenção comum e não moral e se não há acordo sobre o que é moral, então não existe regra de fato.

Assim, tanto para Marmor quanto para Bayón, o positivismo inclusivo é incoerente. No entanto, Moreso termina o capítulo dizendo que tentará provar, no próximo tópico, que existe uma forma de escapar desse dilema.

5.9. A tese da incorporação e as decisões finais

Moreso inicia capítulo discutindo a mudança de posição de Kenneth Himma sobre o positivismo jurídico inclusivo. Antes Himma havia demonstrado simpatia pelo positivismo incusvo, o que se alterou com o tempo pois ele passou a dar mais importância às decisões das "autoridades finais" (tribunais de última instância). Ele argumenta que, embora a Constituição possa incorporar princípios morais, o critério final de validade jurídica não é a "melhor interpretação moral objetiva", mas sim o que os juízes decidem ser essa interpretação.

O autor critica a visão de Himma, que ele chama de "Doutrina Julia Roberts", pois ela transforma o Direito apenas no que os juízes dizem que ele é. Moreso defende, que uma decisão ser final não significa que ela seja infalível.

O termo “doutrina Júlia Roberts”adotado pelo autor trata-se de uma metáfora a um filme em que a personagem interpretada pela referida atriz, Uma estudante de direito, discute com seu professor de Constitucional sobre o caso Bowers e argumenta que a lei da Geórgia que tipificava a sodomia como criam era inconstitucional (em 1986). Nesse caso, a Suprema Corte manteve a constitucionalidade da lei, tendo em vista que o tribunal da época entendeu que não há um direito fundamental. Que protegesse a prática de atos homossexuais (entendimento que só mudou em 2003).

Moreso explica ainda que nem tudo o que o direito exige é sujeito a considerações valorativas. Na opinião dele, em três casos é muito evidente que o direito deve ser identificado sem controvérsia ou recurso a valoração:

A) As regras que conferem poderes e determinam os órgãos jurídicos e os procedimentos.

B) As resoluções judiciais e administrativas que estabelecem as decisões individuais.

C) As regras que estabelecem quais decisões judiciais são definitivas e os procedimentos para fazê-las cumprir

5.10. Modo de Conclusão

Moreso conclui o texto defendendo que qualquer teoria jurídica precisa conciliar duas dimensões do Direito. A primeira é a dimensão substantiva, que regula o comportamento social e estabelece direitos e deveres; por sua natureza, ela frequentemente recorre à moralidade para definir o que é juridicamente válido.

Em contrapartida, existe a dimensão procedimental, que determina as autoridades e os ritos para encerrar disputas. Diferente da substantiva, esta dimensão deve manter-se isolada de debates morais para garantir a estabilidade jurídica, permitindo que as controvérsias cheguem a uma solução definitiva e objetiva, algo que seria impossível se o processo estivesse sujeito às subjetividades morais.

6. Destaque de citações relevantes

"Parece que no es posible atribuir contenido a estas declaraciones sin tener en cuenta los presupuestos éticos que las justifican, sin recurrir a la argumentación moral." (p. 172)

"Cuando las fuentes del derecho (la Constitución y las leyes, por ejemplo) incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral." (p. 175)

"Los juristas discrepan a menudo acerca de lo que el derecho es en alguna materia, aunque están de acuerdo acerca de todos los hechos históricos que los positivistas citan y que, según su punto de vista, agotan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas." (p. 178)

"Una teoría jurídica es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral." (p. 181)

"Una cosa es que las decisiones de determinados Tribunales sean finales, y otra muy distinta es que sean infalibles." (p. 197)

"Cualquier teoría jurídica debe hacer compatible dos dimensiones del derecho que se hallan en tensión. Por un lado, el derecho tiene una dimensión sustantiva [...] Por otro lado, el derecho tiene una dimensión procedimental, establece mediante qué procedimientos cuáles son las autoridades jurídicas que ponen fin a las controversias." (p. 199-200)

7. Avaliação crítica

A leitura do texto apresentou certa complexidade inicial devido as referências a pensadores e filósofos do Direito anteriormente desconhecidos por esta aluna, o que exigiu pesquisas complementares para compreender suas bases teóricas. No entanto, um ponto positivo que facilitou significativamente a compreensão foi a estratégia do autor de utilizar exemplos práticos para ilustrar conceitos abstratos, como por exemplo a questão dos crucifixos em salas de aulas italianas, o coma punitivo e a poena cullei romana. Esses exemplos demonstram que, em muitas

situações, a identificação do Direito depende diretamente de uma argumentação moral.

O autor apresenta uma defesa articulada do positivismo jurídico inclusivo, centrando-se na denominada tese da incorporação. Ele defende que, quando as fontes do direito utilizam conceitos morais como "dignidade humana", "liberdade religiosa" ou "penas cruéis", a identificação do que o direito estabelece exige, necessariamente, o uso da argumentação moral.

O fato é que o direito não pode ser visto como um sistema isolado de regras frias, mas sim como uma estrutura que, por vezes, deixa janelas abertas para a moralidade social. Um crime que ilustra bem o que Moreso chama de conexão contingente é o ato obsceno. É evidente que o entendimento do que se trata de um ato obsceno não possui um significado matemático fixo.

Por exemplo, se uma mulher decide tirar a blusa e expor os seios no meio da cidade, muito possivelmente o ato será enquadrado como obsceno. Se, ao invés disso, ela praticar esse mesmo ato em uma praia de nudismo, isso não será considerado crime, evidenciando que a aplicação da norma depende de um juízo de valor contextual. Há também a questão do gênero: se um homem expõe o peito no meio da cidade, isso também não é considerado ato obsceno pelas convenções sociais. Fica claro, portanto, que para identificar se houve crime, o juiz precisa recorrer à argumentação moral e aos padrões daquela comunidade em determinado tempo e lugar.

Moreso critica a visão de juristas como Luigi Ferrajoli, que prefeririam eliminar termos valorativos das leis para evitar a subjetividade. No entanto, o exemplo do ato obsceno mostra por que essa eliminação é difícil: se a lei proibisse rigidamente a conduta de "expor os seios", ela seria injusta em contextos como praias de nudismo, por exemplo. Por outro lado, se permitisse a exposição totalmente, feriria a sensibilidade moral de outros espaços sociais.

Portanto, a tese da incorporação é a que melhor explica a realidade, pois o legislador incorpora o conceito moral e o Direito deve ser identificado mediante o uso dessa argumentação no caso concreto.

Vale ressaltar que conforme afirma Moreso, embora "obsceno" ou "cruel" sejam termos morais, eles não são puramente "opinativos" ou "vazios". Há sempre uma racionalidade por trás da aplicação.

A ideia de que o Direito é autossuficiente cai por terra diante de normas constitucionais modernas que protegem a "dignidade" e a "liberdade". Sem o recurso à moral, essas palavras seriam apenas tinta no papel, incapazes de oferecer justiça real a uma sociedade plural.

8. **Referências**

MORESO, José Juan. Positivismo jurídico contemporáneo. In: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. v. 1, p. 171-205. Disponível em: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875. Acesso em: 18 abr. 2026.